

## Introdução

O presente trabalho tem por objeto o estudo de alguns aspectos das penas privadas, instituto que vem gerando muito debate nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica e que é hoje de fundamental importância para a compreensão do moderno direito civil e, em especial, dos anseios da sociedade contemporânea.

Inicialmente, tratamos, em um resumo histórico, da origem das penas privadas, de seu declínio com a evolução do direito de origem romano-germânica e do seu renascimento no século XX, quando se percebeu que a função meramente reparatória do direito civil já não estava sendo suficiente para resolver todos os problemas da sociedade, propondo-se adoção das penas privadas como solução.

Em seguida, passamos a uma análise dos *punitive damages*, que se desenvolveram na *common law*, particularmente nos Estados Unidos, e que muito têm inspirado os juristas da *civil law* na redescoberta das penas privadas.

Também procuramos trazer a problemática atinente à noção das penas privadas, bem como a extrema diversidade existente entre as figuras incluídas no seu rol, não deixando de tecer breves comentários sobre algumas delas.

Por último, cuidamos da possibilidade de adoção dos *punitive damages* e/ou das penas privadas na responsabilidade civil brasileira.

## Histórico

Antes de adentrarmos no debate atual suscitado pela adoção das penas privadas nos sistemas de direito romano-germânico, mister se faz uma breve análise da evolução da responsabilidade civil, eis que para a compreensão do referido debate é fundamental uma abordagem histórica.

Nas comunidades primitivas todo o dano causado às pessoas ou aos seus bens despertava nas vítimas o instinto de vingança, que inicialmente era uma vingança coletiva, a qual se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor<sup>1</sup>.

Nesse primeiro período, todo o grupo (clã, família ou tribo) reagia contra o causador da ofensa, sendo certo que muitas vezes a reação se dava não só contra o ofensor, mas também contra todo o grupo a que ele pertencia, o que chegava a gerar até mesmo guerras, valendo aqui o exemplo dado por Martinho Garcez Neto, ou seja, o rapto de Helena, que resultou na expedição dos gregos contra a cidade de Tróia<sup>2</sup>.

Dáí que inicialmente não havia limitação quanto à represália do ofendido, já que ficava a seu livre arbítrio o exercício da vingança, sua forma e sua extensão.

Dada a danosidade da vingança coletiva, passou-se para a vingança individual, reação individual, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei do Talião, ou seja, “olho por olho, dente por dente”<sup>3</sup>.

Ocorre que apesar da realização de justiça pelas próprias mãos, a “denominada Lei do Talião já representava um grande passo da referida evolução, pois estabeleceu uma rigorosa adequação entre a ofensa ou um dano sofrido e a vingança a que seu autor ficava exposto em razão de ato lesivo”<sup>4</sup>. Entretanto, não se pode deixar de observar que tal vingança se exercia cegamente contra o autor material do dano, sem importar a reparação do prejuízo nem a culpa do ofensor<sup>5</sup>, de forma que nesse último ponto estamos diante de caso de responsabilidade objetiva.

Assim, sob o império da paixão a conduta da vítima frente ao autor do fato lesivo perdia de vista a cul-

<sup>1</sup> Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 8.

<sup>2</sup> Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 24.

<sup>3</sup> Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 8.

<sup>4</sup> Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 23.

<sup>5</sup> Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 42.

\* Juiz Federal Substituto, mestrando em direito civil na PUC-SP.

pabilidade, interessando mais o castigo do ofensor para satisfazer o espírito vingativo da vítima que a obtenção da reparação do dano sofrido<sup>6</sup>, o que era totalmente contraproducente, pois gerava duplo dano, o da vítima e o de seu ofensor. A “reparação” do dano se resumia, nas palavras de Washington de Barros Monteiro, à “retribuição do mal pelo mal”<sup>7</sup>.

No estágio seguinte, o da composição voluntária, a paixão humana se modera e o ofendido verifica que podia deixar de se vingar e, por conseguinte, estabelecer as condições mediante as quais o deixaria. “Assim, havia a possibilidade de um acordo entre o ofendido e o ofensor, mediante o qual o primeiro aceitava uma compensação de valor pecuniário (*compositio*), em lugar da vingança. Mas no início dependia exclusivamente do arbitrio do ofendido aceitar ou não tal resgate, bem como a fixação do seu montante”<sup>8</sup>.

Logo, naquela época as composições ainda eram puramente voluntárias, dependiam da verificação do fato de que seria mais conveniente entrar em acordo com o autor da ofensa, o qual prestaria uma pena (pagamento de certa quantia em dinheiro)<sup>9</sup>, ficando ainda em aberto a possibilidade do ofendido se vingar.

Todavia, pouco a pouco, foi prevalecendo o entendimento de que do delito nascia a obrigação de cumprir a dívida legal da composição, e que só no caso de não satisfazer essa dívida é que o ofendido tinha o direito de recorrer ao Talião<sup>10</sup>.

Com a consolidação das organizações políticas e o fortalecimento da autoridade, viu-se a necessidade da institucionalização das composições, fazendo-as obrigatórias para assegurar a tranquilidade pública. É o período da composição legal e do delito privado, onde o Estado fixava para cada delito certa soma de dinheiro que o ofendido deveria aceitar e o ofensor estava obrigado a pagar<sup>11</sup>.

O passo seguinte se deu quando o Estado se tornou bastante forte a ponto de suprimir a própria com-

posição, como suprimiu a vingança, procedendo por si mesmo à repreensão<sup>12</sup>.

Logicamente, essas transformações resultaram de uma longa evolução, não se verificando de forma instantânea e uniforme, observação também feita por Jean-Louis Gazzaniga: “l’histoire de la responsabilité est hésitante, faite d’avances et de retours en arrière, avec d’étonnantes permanences, notamment celle de la conception objective de la responsabilité”<sup>13</sup>.

Entretanto, de lado as vicissitudes do processo, tal desenvolvimento, que está intimamente ligado ao aperfeiçoamento da própria civilização, pode ser muito bem visualizado no tratamento dado pelos romanos aos delitos.

Realmente, em Roma, destaca Bustamante, a evolução passou da vingança privada para a pena privada de composições, primeiro voluntária e depois obrigatória, até chegar à época de Justiniano a distinção entre as ações puramente penais e as ações reipersecutórias por danos e prejuízos<sup>14</sup>.

No estágio mais primitivo os romanos viam o devedor como uma coisa do credor, o qual podia massacrá-lo, encerrá-lo em prisão doméstica e transformá-lo em escravo<sup>15</sup>, o que demonstrava justamente o livre arbitrio, o exercício da vingança. No entanto, “com a *Lex Poetelia Papiria* (326 a.C.), que limitou a incidência da responsabilidade civil ao patrimônio do ofensor”<sup>16</sup>, foram suprimidos os castigos corporais aplicados até então.

De acordo com Bustamante, a Lei das Doze Tábuas, elaborada no ano 305, já demonstrava a transição da composição voluntária para a composição legal, não estando compelida a vítima a aceitar a composição fixada<sup>17</sup>.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>7</sup> Washington de Barros MONTEIRO, *Curso de direito civil*, p. 385.

<sup>8</sup> Thomas MARKY, *Curso elementar de direito romano*, p. 134.

<sup>9</sup> Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 09.

<sup>10</sup> Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 26.

<sup>11</sup> Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 28.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>13</sup> Jean-Louis GAZZANIGA, *Les métamorphoses historiques de la responsabilité*, p. 3.

<sup>14</sup> Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 31.

<sup>15</sup> Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 25.

<sup>16</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 500.

<sup>17</sup> Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 31.

Neste ponto, vale destacar que a soma (*poena*), que constituía a composição na Lei das Doze Tábuas, era uma pena privada<sup>18</sup>, expressão que no direito romano clássico correspondia à forma de punição dos delitos, conceito derivado do *ius civile*, que se diferenciava do *crimen*, ou seja, o ato contrário ao direito e punido pelo Direito Penal<sup>19</sup>.

Posteriormente, durante as lutas entre patrícios e plebeus (287 A.C.), foi editado um plebiscito proposto pelo tribuno Aquilius, o qual objetivava reprimir os *damnum iniuria datum*. É a Lei Aquilia, que instituiu a ação única, na época formulária e regida pelas regras da ação penal<sup>20</sup>.

Mais tarde, o alcance da Lei Aquilia foi ampliado pelos pretores, mas os romanos não formularam nunca uma regra geral de responsabilidade civil<sup>21</sup>, como a que encontramos no Código Civil brasileiro de 2002.

Na época de Justiniano foi feita a distinção entre as ações reipersecutórias, ações penais propriamente ditas e ações mistas (penais e reipersecutórias)<sup>22</sup>.

Apesar disso, faltou ao direito romano a separação nítida entre a punição e o ressarcimento do dano, eis que a consequência jurídica do delito era apenas a sua punição, e esta punição servia também para satisfazer o ofendido do dano que sofrera<sup>23</sup>.

Com o fim do Império Romano do Ocidente o direito romano foi “reduzido a um direito consuetudinário provinciano, o ‘direito romano vulgar’, que prevalecia na Itália e no Sul da França”. É que a obra legislativa de Justiniano, o legado mais importante do direito romano, não entrou em vigor no Ocidente, permanecendo desconhecida durante os primeiros séculos da Idade Média, “devido ao total isolamento do Ocidente e ao fracasso de Justiniano em reconquistar territórios invadidos pelos germânicos”<sup>24</sup>.

Não existia na França, nas leis bárbaras do período, um princípio geral em matéria de responsabilidade civil, tendo imperado durante muito tempo a composição legalmente obrigatória<sup>25</sup>, o que era um retrocesso em comparação ao estágio de desenvolvimento que já tinha sido alcançado anteriormente pelo direito romano.

Mais adiante, não obstante a influência dos canonistas, a base dos conceitos de delito e de indenização veio a ser constituída pelas noções recolhidas nas fontes romanas de Justiniano, quando o Ocidente redescobriu o direito romano. A evolução dos conceitos jurídicos nesse período teve consequências em relação à Lei Aquilia, pois se passou a diferenciar a responsabilidade civil da penal<sup>26</sup>, distinção esta que se deu na França somente por volta do século XII<sup>27</sup>.

Desta feita, o que marcou a Idade Média foi “a estruturação da idéia de dolo e culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguindo-se a responsabilidade civil da pena”<sup>28</sup>.

Avançando no tempo, o movimento das Codificações europeias, com início no século XVIII, produziu consequências da maior importância para a responsabilidade civil, contratual ou aquiliana.

Os três principais códigos desse período foram o prussiano, o austríaco e o francês, este último de influência marcante nos códigos posteriores, inclusive no brasileiro<sup>29</sup>.

Os redatores do Código Civil francês, anota Bustamante, seguiram o rio do antigo direito, estabelecendo definitivamente a distinção entre pena (sanção repressiva) e reparação civil do dano (sanção ressarcitória). Em tal código a obrigação de responder é uma sanção ressarcitória e não repressiva, consistindo na reparação do dano causado<sup>30</sup>.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>19</sup> Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, Us et abus de la fonction punitive, p. 1153.

<sup>20</sup> Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 33.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>23</sup> Thomas MARKY, *Curso elementar de direito romano*, p. 133.

<sup>24</sup> R. C. van CAENEGEM, *Introduction historique au droit privé*, p. 18/19.

<sup>25</sup> Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 47.

<sup>26</sup> Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 29.

<sup>27</sup> Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 47.

<sup>28</sup> Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro*, p. 09.

<sup>29</sup> Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 31.

<sup>30</sup> Jorge Bustamante ALSINA, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 50/51.

No mesmo sentido asseveram Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler: “Le Code civil français, modele paradigmatique de la codification moderne, avait déjà introduit la separation rigoureuse entre la matière civile et les types penaux; distinction que avait déjà commencé par le choix de créer différents documents législatifs pour chacune de ces disciplines”<sup>31</sup>.

Por conseguinte, os princípios cristalizados no Código Napoleônico revolucionaram a concepção de responsabilidade civil, a qual, hodiernamente, não guarda, segundo Martinho Garcez Neto, vínculo com o direito romano<sup>32</sup>.

Não há dúvida que a progressiva exclusão de normas e princípios de caráter repressivo do direito civil resultou, assim, como um fato consolidado, que permaneceu incontestado durante um longo período, não se admitindo a utilização de penas no direito privado, as quais estavam restritas ao direito penal.

Malgrado o firme posicionamento da doutrina e jurisprudência, em 1904, Louis Hugueney publicou o seu ensaio intitulado *L’idée de peine privée en droit contemporain*, procurando revisar o conceito da cláusula penal e de outros modelos do direito privado com um enfoque dissociado da idéia de reparação e conectado a um cunho sancionatório<sup>33</sup>.

Durante algum tempo a polêmica ficou adormecida, mas Boris Starck, em 1947, na França, já profetizava sua renascença<sup>34</sup>, o que de fato ocorreu, pois nas décadas que se seguiram vários autores se debruçaram sobre o tema, sobretudo no campo das lesões a interesses coletivos e extrapatrimoniais, uma vez que os instrumentos tradicionais da responsabilidade civil não estavam solucionando os novos problemas surgidos.

## O renascimento das penas privadas nos sistemas de tradição romano-germânica

<sup>31</sup> Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, Us et abus de la fonction punitive, p. 1156.

<sup>32</sup> Martinho GARCEZ NETO, *Responsabilidade civil no direito comparado*, p. 37.

<sup>33</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 222.

<sup>34</sup> Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, Us et abus de la fonction punitive, p. 1167.

Considerando a evolução da responsabilidade civil nos sistemas de direito romano-germânico, que culminou com a separação entre a responsabilidade civil e a penal, bem como entre a reparação no âmbito civil e a punição no âmbito penal, poderia parecer uma barbaridade qualquer medida tendente à adoção de penas privadas na seara do direito civil, instituto que já era dado como sepultado por renomados juristas como Von Jhering, para quem “l’histoire de la peine privée est l’histoire de sa décadence”<sup>35</sup>.

Entretanto, a verdadeira revolução tecnológica ocorrida na sociedade humana no século XX, o desenvolvimento dos direitos da personalidade, dos direitos coletivos, a recente preocupação da civilística com a justiça distributiva, bem como a tendência à despenalização de muitas condutas, entre elas a tutela da honra e da reputação, estão a demonstrar a insuficiência das soluções oferecidas pelos meios ressarcitórios, necessitando o ordenamento jurídico ir além da reparação propriamente dita e investir em outros meios repressivos, obviamente sem recorrer ao extremo do direito penal<sup>36</sup>.

Na mesma linha, assevera Massimo Bianca que a atualidade do tema das penas privadas “nasce da exigência de pesquisar outros remédios de tutela privada externos daquele tradicional do ressarcimento do dano, que constitui freqüentemente uma resposta insuficiente diante dos vários eventos lesivos dos interesses juridicamente relevantes”<sup>37</sup>.

Com isso, fica evidente que o escopo ressarcitório não é capaz de atuar sob o ponto de vista preventivo-sancionatório para desestimular condutas ilícitas, pois é muito cômodo para o potencial causador de um dano ter o conhecimento de que o descumprimento do dever de conduta (seja por um ato ilícito como por um inadimplemento) ficará limitado ao montante dos prejuízos causados, e nada mais<sup>38</sup>.

Aliás, isso não é diferente no Brasil, eis que vários entes privados praticam atos contrários ao direito

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 1149.

<sup>36</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 224.

<sup>37</sup> Massimo Cesare BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Vol. II, Tomo II, p. 805.

<sup>38</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 223.

e mesmo assim, não obstante o pagamento de indenização, saem lucrando, como é o caso das empresas de cartão de crédito, enviando cartões a pessoas que não eram clientes, e as instituições bancárias, não dando a segurança devida aos usuários, haja vista que poucos procuravam o Judiciário e quando logravam êxito a indenização recebida é de valor reduzido.

Nesse contexto, assevera Nelson Rosenvald que “A pena privada atua como uma resposta a essa lacuna na teoria da responsabilidade civil. Em certos domínios ela se faz necessária, deferindo ao credor ou ao lesado a percepção de um montante superior ao dano efetivo. Mais do que reparação, cuida-se de um misto de prevenção de atuações ilícitas e punição pela ofensa a um dever ou obrigação. Mais do que acautelar e sancionar, ela reafirma a prevalência da pessoa e de sua especial dignidade como referenciais do Estado Democrático de Direito”<sup>39</sup>.

Outrossim, como já fizemos alusão no início do tópico, soma-se aos novos desafios enfrentados pelo direito civil a perspectiva atual do direito penal, que somente atua como *extrema ratio*, ou seja, de forma subsidiária, somente quando a via administrativa e a cível forem insuficientes, quando não houver outro remédio<sup>40</sup>.

Assim, haja vista o recuo do direito penal, abre-se espaço para o direito civil, porém, tal campo não pode ser tratado de forma tradicional, mas sim conferindo efeito dissuasivo ao direito civil, eis que era justamente esse o efeito esperado pelo até então tratamento dado pelo direito penal.

Aqui estamos diante de um dos pontos favoráveis à pena privada em relação à justiça criminal, que de acordo com Suzane Carval, citada por Nelson Rosenvald, é justamente a não existência do caráter estigmatizante, não marcando indelevelmente o ofensor punido<sup>41</sup>.

É de se destacar ainda, na linha do exposto, que muitos autores, como, por exemplo, Paulo Gallo, defendem a aplicação das penas privadas exatamente naqueles casos em que a mera indenização não resolve

o problema, o que evidencia a busca de remédios preventivo-sancionatórios, que objetivem desestimular condutas ilícitas, senão vejamos as hipóteses elencadas pelo autor: “1) nos casos de responsabilidade civil sem dano perceptível, ou seja, quando o comportamento lesivo não causa danos ao menos de natureza econômica imediatamente perceptíveis ou quantificáveis; 2) nas situações em que há excesso de vantagens auferidas mediante o fato ilícito em relação aos danos; 3) nas situações em que a probabilidade de ser condenado em concreto a reparar os danos é inferior em relação à probabilidade de causar danos, isto é, sempre que o dano for muito difuso e apenas parte das vítimas agir em Juízo; 4) nas hipóteses de lesões menores, pelos chamados crimes de bagatela”<sup>42</sup>.

Destarte, tenho que a redescoberta da pena privada tem certa origem emocional, frente à angustiada constatação da enorme quantidade de delitos que permaneciam sem punição, constituindo o poder punitivo uma espécie de compensação psicológica, evitando-se que o privado substitua o Estado no exercício da função repressiva<sup>43</sup>.

Apesar de tudo, o tema está longe de ser unanimidade na doutrina e na jurisprudência, já que muitos defendem que os novos desafios surgidos podem ser resolvidos sem a utilização das penas privadas, muitas vezes por meio até mesmo do uso de mecanismos do direito administrativo, tendo inclusive Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber destacado que “juntamente com as penas privadas, gravita em torno da dogmática tradicional uma série de outras alternativas para se ampliar a efetividade das normas jurídicas, cuja aplicação pode se verificar mais apropriada e mais eficiente para a solução dos novos problemas”<sup>44</sup>.

Todavia, não obstante o verdadeiro tumulto que gira hodiernamente em torno do tema das penas privadas, preferimos ficar com as palavras de Francesco Donato Busnelli, que enfatiza, em aprofundado estudo, que a redescoberta das penas privadas, instituto que

<sup>39</sup>Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 225.

<sup>40</sup>*Ibid.*, p. 227.

<sup>41</sup>*Ibid.*, p. 228.

<sup>42</sup>Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 140.

<sup>43</sup>Ugo MAJELLO, *Pena privada e responsabilità civile*. In: Francesco D. BUSNELLI; Gianguido SCALFI (org.). *Le pene private*, p. 333.

<sup>44</sup>Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 523.



se colocava em estado de letargia e era vítima de hostilidade, hoje se converte em alternativa civil à tutela penal, a fim de restituir a credibilidade a um sistema que encontrava o seu frágil equilíbrio em uma artificial união entre a intransigência penal e a tolerância civil<sup>45</sup>.

## Os *punitive damages* da *common law*

A *common law* se desenvolveu de forma diversa do sistema da *civil law*, de maneira que também no campo dos *torts*, que correspondem à responsabilidade civil do sistema continental, isso ocorreu.

Dentro do modelo construído pelo direito inglês medieval o autor de um dano era punido pela imposição de uma reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima, a qual tinha à sua disposição uma ação civil<sup>46</sup>.

A primeira previsão de indenização múltipla no direito anglo-saxão foi o *Statute of Councester*, de 1278. Entretanto, a doutrina dos *exemplary damages* somente foi criada, conforme expõem Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler, no século XVIII, como um meio para justificar a atribuição de uma indenização quando não havia dano tangível, ou seja, nos casos de danos extrapatrimoniais<sup>47</sup>.

Em 1760, ainda de acordo com as autoras acima mencionadas, “algumas Cortes inglesas começaram a explicar as grandes somas concedidas pelos júris nos casos graves como a compensação do autor pela *mental suffering*, *wounded dignity* e *injured feeling*. Essa indenização adicional por dano à pessoa era referida como *exemplary damages* pelas Cortes, que justificavam a condenação afirmando que as indenizações elevadas tinham não somente o objetivo de compensar o lesado pelo dano intangível sofrido, mas também punir o ofensor pela conduta ilícita”<sup>48</sup>.

Entretanto, na verdade, as funções compensatória e punitiva foram confundidas pelas Cortes inglesas e norte-americanas até a metade do século XIX, quando “a função originariamente compensatória dos

*exemplary damages* foi transferida aos *actual damages*, e as Cortes foram levadas a falar de *exemplary damages* exclusivamente em termos de *punishment* e *deterrence*”<sup>49</sup>.

Assim, do breve esboço histórico apresentado observamos que enquanto as penas privadas tinham sido praticamente abolidas dos sistemas de tradição romano-germânica, os *punitive damages* estavam em pleno florescimento nos países que adotavam o sistema da *common law*.

Na atualidade os danos são classificados na *common law* como *nominal damages*, *compensatory damages* e *punitives damages*, sendo os últimos também chamados, de acordo com o dicionário norte-americano Black's Law Dictionary, referido por Renata Chade Cattini Maluf, de *exemplary damages*, *vindictive damages*, *punitory damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *aggravated damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *smart money* e *punies*<sup>50</sup>.

O ressarcimento e a compensação dos prejuízos cabem aos *compensatory damages* ou danos compensatórios, protestando o autor em ação de *tort* por alívio financeiro (*relief*) e pedindo valores a título de compensação<sup>51</sup>. No Brasil os *compensatory damages* correspondem aos danos materiais e morais.

A sua finalidade, portanto, nas palavras de Renata Chade Cattini Maluf “é de compensar a vítima pelo mal sofrido, restituindo-a ao estado anterior através da compensação com determinada soma de dinheiro fixada de acordo com as peculiaridades do caso concreto”<sup>52</sup>.

Já os *nominal damages* têm como objetivo a reparação simbólica de ofensas superficiais, reconhecendo-se a existência da tutela jurídica com a fixação de uma resposta jurídica simbólica. Essa categoria lembra muito os casos em que os tribunais franceses concluíram ações fundadas em dano moral com a condenação simbólica de “um franco”<sup>53</sup>.

<sup>45</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 225.

<sup>46</sup> Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, *Us et abus de la fonction punitive*, p. 1157.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 1157/8.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 1158.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 1158/9.

<sup>50</sup> Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 126.

<sup>51</sup> Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY, *Direito nos Estados Unidos*, p. 164.

<sup>52</sup> Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 126.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 126 e 135.

Por outro lado, os *punitive damages* correspondem à “indenização de caráter exemplar ou punitivo, estabelecida como resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes. É geralmente fixada em casos extremos, envolvendo dolo e culpa grave por parte do ofensor, constituindo-se em valor muito superior ao estipulado a título de danos materiais e morais”<sup>54</sup>.

Na mesma linha, assevera Anderson Schreiber que os *punitive damages* têm como finalidade a punição do ofensor através de uma indenização adicional assegurada à vítima, não se tratando simplesmente de compensação dos danos sofridos<sup>55</sup>.

De tal arte, fica claro que os *torts* promovem indenizações compensatórias e punitivas, consistindo as últimas justamente na peculiaridade da *common law*, ou seja, “nell’ammettere che per determinati atti illeciti l’ammontare della condanna non debba essere commisurata all’entità dei danni, ma alla gravità della colpa (*punitive damages*)”<sup>56</sup>.

Ocorre que, interessados pelos *punitive damages*, que não tinham correspondente nos países da *civil law*, começaram os operadores do direito de origem romano-germânica a voltar os olhos para os Estados Unidos, onde a responsabilidade civil punitiva, dentro da *common law*, é mais desenvolvida, tanto que o valor condenatório a ela correspondente independe da indenização pelos prejuízos que tenham sido constatados, uma vez que seu propósito é o de punir o agente<sup>57</sup>.

Todavia, o estudo da *common law*, especialmente do Direito norte-americano, revelou a existência de vários exemplos de abusos no âmbito dos denominados *punitive damages*, valendo destacar, entre eles, o caso da Sra. Stella Liebeck, que foi inclusive divulgado na imprensa internacional. “Essa idosa senhora, de 79 anos de idade, comprou um café no *drive-through* de uma lanchonete McDonald’s. Ao dar partida no seu carro derramou o líquido em si mesma, vindo a sofrer queimaduras. O McDonald’s recusou-se a indenizá-la

espontaneamente. Na Justiça, um Júri do Tribunal de Albuquerque, no Estado do Novo México, condenou a empresa a pagar cerca de U\$3 milhões por danos (morais) punitivos, quantia esta posteriormente reduzida a U\$540 mil em virtude de a vítima ter contribuído com sua conduta para o acidente”<sup>58</sup>.

Ora, o exemplo acima mencionado não se trata de caso isolado, de maneira que muitos Estados americanos, em razão das severas críticas e continuadas restrições, tem procurado aperfeiçoar o sistema. Nessa linha, na Califórnia os *punitive damages* foram restritos aos casos em que há inequívoca demonstração dolosa ou maliciosa do ofensor, o que está se tornando uma tendência, informando Anderson Schreiber que “onze Estados americanos já editaram leis limitando expressamente a incidência das indenizações punitivas”<sup>59</sup>.

Além disso, a própria Suprema Corte dos Estados Unidos tem procurado fixar certos parâmetros visando reduzir a chamada “indústria das indenizações milionárias”, decidindo inclusive instruir as outras Cortes a considerar três diretivas na fixação dos *punitive damages*, a saber: 1) o grau de reprovação da conduta do acusado; 2) a disparidade entre o prejuízo efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*; e 3) a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes<sup>60</sup>.

No entanto, o problema da fixação de valores exacerbados deriva também do julgamento pelo júri popular<sup>61</sup>, que tradicionalmente no sistema jurídico norte-americano tem grande importância.

Atenta a isso, Suzanne Carval, citada por Renata Chade Cattini Maluf, aduz que “são necessárias reformas processuais que visem reduzir o poder quase-discrecionário que os jüris populares dispõem em matéria de cálculo das indenizações punitivas”<sup>62</sup>.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>55</sup> Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 199.

<sup>56</sup> Paulo TESAURO; Giorgio RECCHIA, *Origini ed evoluzione del modello dei “Torts”*, p. 152.

<sup>57</sup> Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 128.

<sup>58</sup> José Jairo GOMES, *Responsabilidade Civil e Eticidade*, p. 296.

<sup>59</sup> Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 203/204.

<sup>60</sup> Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, *Us et abus de la fonction punitive*, p. 1162.

<sup>61</sup> Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 128.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 130.

Aliás, não se pode deixar de ressaltar que o “fato de ser crescentemente aceita a idéia de pena privada no direito europeu contemporâneo não significa que seja pacífica sua adoção nos moldes da *common law*. Muito pelo contrário. Mesmo na França e na Itália, onde são mais expressivas as produções científicas nesse sentido, há resistência em receber a instituição”<sup>63</sup>.

Portanto, entendemos que antes de qualquer movimento no sentido da adoção ou não dos *punitive damages* nos países de tradição romano-germânica, o que somente se dará, pelo menos no Brasil, através da via legislativa, necessária se faz a pesquisa das vantagens e desvantagens do sistema, para que se procure aperfeiçoá-lo em caso de eventual adoção, descartando-se os problemas dele decorrentes, particularmente a questão das indenizações milionárias.

## A ausência de consenso em relação ao conceito de penas privadas

A noção exata das penas privadas é um tema bastante controvertido nos países de direito de tradição romano-germânica, de maneira que para que determinadas figuras sejam consideradas ou não penas privadas tudo dependerá da amplitude que se dá ao conceito.

Da leitura de textos produzidos sobre o assunto pode-se verificar que há uma extrema diversidade entre as figuras incluídas no rol das penas privadas, ou seja, figuras que são classificadas como penas privadas por determinados autores são excluídas desse rol por outros autores, não se tratando, portanto, de assunto pacífico na doutrina.

Atentos à questão, Tepedino e Schreiber destacam que “Por vezes, procura-se restringir a noção de penas privadas às sanções dirigidas à tutela de um interesse privado. Em outros casos, a terminologia compreende todas as sanções cujos efeitos se verifiquem no âmbito do direito privado — ainda, portanto, que tenham como finalidade tutelar um interesse público. A dificuldade de identificar a natureza do interesse tutelado, em um direito privado caracterizado pela intervenção estatal e pela sua interpenetração com o direito público, acaba por privilegiar as definições vol-

tadas não já para o objetivo da tutela, mas para a fonte das sanções. Assim, sustenta-se que penas privadas são aquelas criadas por um sujeito de direito privado, pela autonomia privada, o que excluiria o vasto leque de sanções de origem imediatamente legislativa, reduzindo sensivelmente o campo do instituto. A meio caminho, tem-se proposto considerar como penas privadas não apenas as sanções criadas pela autonomia privada, mas também aquelas deixadas à sua iniciativa, ainda que tenham fonte legislativa ou judicial”<sup>64</sup>.

Diante da falta de um tratamento sistemático da matéria, da multiplicidade das figuras inseridas sob a expressão penas privadas e da diversidade de estruturas e funções apresentadas pelas mesmas, os autores acima referidos chegam até mesmo a suspeitar da sua utilidade<sup>65</sup>.

Entretanto, Grazia Baratella, citada por Nelson Rosenvald, explica que “esta diversidade de elementos não mina a autônoma relevância da categoria, pois o gênero das sanções civis comunga um mesmo denominador: a tutela do credor/ofendido através da punição do devedor/ofensor, pela iniciativa e em benefício dos primeiros”<sup>66</sup>.

Assim sendo, “em comum a todas as medidas há o traço punitivo a um comportamento grave de particulares, que é realizado pelo direito privado com a finalidade de conceder um benefício a outros particulares, mesmo quando a pena privada não for fruto de um ato de autonomia, mas de uma decisão judicial. Há um propósito punitivo pela via de atuação do direito privado”<sup>67</sup>.

Logo, apesar da dificuldade quanto à noção exata da pena privada, o certo é que a coerção e a punição são as suas duas faces. A primeira, *ex ante*, é perseguida por uma persuasão e um desestímulo à prática do ilícito e a segunda, a *posteriori*, situa-se na condenação do

<sup>64</sup>Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 515.

<sup>65</sup>Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 522.

<sup>66</sup>Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 245/246.

<sup>67</sup>*Ibid.*, p. 227.

<sup>63</sup>*Ibid.*, p. 142/143.



devedor por meio de uma prestação de que não guarda relação econômica com um equivalente ao dano que o descumprimento produziu ou com o mero retorno ao estado anterior<sup>68</sup>.

Dáí que na classificação proposta por Paolo Gallo, “a pena privada em sentido estrito seria subdivida em pena privada negocial, legislativa e judicial. A pena negocial conduziria a autonomia privada das partes, como a cláusula penal, penas testamentárias e sanções disciplinares previstas em estatutos de pessoas jurídicas privadas; a pena legislativa poderia ser ilustrada nas sanções ambientais e na violação de regulamentos condominiais; a pena judicial é a cominada pelo magistrado independentemente de um ato de autonomia privada ou uma disposição legislativa. Prepondera aqui a fixação dos danos extrapatrimoniais punitivos ou das *astreintes*”<sup>69</sup>.

Ora, da análise da classificação supra-referida, fica fácil constatar que são múltiplas as normas em que se reconhece um caráter adicional ao ressarcitório, de maneira que o modelo das penas privadas não se trata de algo singelo, mas de uma constelação de medidas diversas provenientes de fontes diferentes, o que, não coloca em cheque o instituto, visto que em comum existe o traço punitivo a um comportamento grave de particulares.

Neste ponto vale a transcrição dos ensinamentos de Paolo Cendon, para quem: “Il nocciolo essenziale, ad ogni modo, mi sembra debba essere una ricerca del punto di equilibrio – che può essere più utile – fra cifra generale e singole fattispecie afflittive. E credo allora che l’approdo più rispettoso della complessità attuale dell’istituto, e della sua stessa storia, consista proprio nel concepire il territorio della pena privata non già come un regno assoluto, bensì come una confederazione di sottoinsiemi distinti; l’accertazione, insomma, della pacifica coesistenza fra i vari gruppi di materiali che è possibile individuare, particolarmente, nell’ambito contrattuale, oppure in quello societario, o ancora nel diritto del lavoro, o invece nel campo della responsabilità civile, e via di seguito: senza la pretesa di assegnare lo scettro a un settore piuttosto che a un altro, e senza, al tempo stesso, l’illusione di riuscire a

fondere tutti i frammenti che si incontrano entro uno stampo unitario e ben preciso”<sup>70</sup>.

Aliás, no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do que ocorre em outros países de tradição romano-germânica, as chamadas penas privadas também não encontram tratamento sistemático<sup>71</sup>.

Ademais, intimamente ligada à própria noção de pena privada está o fato de que vários autores, como Suzanne Carval, a maior divulgadora da pena privada na atualidade, não se conformam com um ponto de aplicação tão restrito como o dolo, bem como não concordam, por outro lado, com a aplicação da pena privada para as hipóteses de faltas simples, sob pena de perder sua eficácia<sup>72</sup>.

Já Paolo Gallo, na Itália, mencionado por Renata Chade Cattini Maluf, entende não ser conveniente recorrer às penas privadas na presença da culpa, mas apenas nos casos de dolo, porque “a cominação de sanções penais conduziria a uma excessiva elevação dos níveis das medidas preventivas, com conseqüente excessiva prevenção e aumento do custo social global, sem contar com o efeito translativo de riqueza em favor do sujeito lesado”<sup>73</sup>.

Diversamente, mas ainda na Itália, afirma Paolo Cendon que “già nel nostro attuale ordinamento, e in ogni caso come linea di tendenza, una misura quale la pena privata risulta pienamente ammissibile e giustificata soltanto in presenza di una condotta dolosa o gravemente colposa dell’autore: o comunque, volendo assumere il punto di vista del legislatore, soltanto dinanzi a quei comportamenti che l’esperienza insegna essere normalmente inscindibili, nel momento in cui sono posti in essere, dall’intenzione o dalla coscienza del danno”<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Paolo CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (org.). *Le pene private*, p. 294/295.

<sup>71</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 500.

<sup>72</sup> Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 167.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>74</sup> Paolo CENDON, *Responsabilità civile e pena privata*. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (org.). *Le pene private*, p. 296.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>69</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 227.

Com isso, mais uma vez estamos diante de um conflito doutrinário, o qual diz respeito justamente a um ponto fundamental das penas privadas, ou seja, saber se sua aplicação decorre apenas de condutas dolosas ou se também é possível sua aplicação em condutas culposas.

Outrossim, dentro do conceito, mister se faz saber se a pena privada deve ser revertida à pessoa que sofreu a lesão, ou se pode ser revertida também a outro ente, eis que existem autores que defendem o recebimento da pena privada por entes filantrópicos, diversos da pessoa que sofreu o dano, justamente para que assim se evite qualquer alegação relacionada ao enriquecimento sem causa.

Diante de todo o exposto, o que procuramos no presente tópico não foi apresentar um conceito de penas privadas, mas ressaltar que a multiplicidade de figuras abarcadas pelos vários conceitos existentes não é razão, por si só, para que se sepultem novamente as penas privadas. No entanto, alguns pontos precisam ser ajustados pela doutrina, pela jurisprudência e até mesmo pelo próprio legislador, para que o terreno das penas privadas se torne mais sólido e possa ser utilizado da forma mais proveitosa possível para a sociedade.

### **Algumas penas privadas presentes no ordenamento jurídico brasileiro**

No ordenamento jurídico brasileiro encontramos normas legais que instituem reparações civis que correspondem a penas privadas, as quais são impostas a causadores de dano, porém sem relação necessária com a extensão do prejuízo causado.

Vamos tratar no presente tópico de algumas dessas penas privadas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, sem a pretensão de exauri-las, mesmo porque, como vimos, o conceito de penas privadas é vacilante, de maneira que há muita controvérsia na classificação de muitas figuras jurídicas como penas privadas, mas trazemos aqui as mais visitadas pela doutrina.

#### *a) Cobrança indevida de dívida.*

Os arts. 939 e 940 do Código Civil cuidam das sanções impostas aos credores que demandarem judicialmente os seus devedores antes de vencida a dívida ou quando ela já houver sido paga.

No caso do art. 939 estabelece o Código que o credor ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

Já no caso do art. 940 destaca-se a pretensão do devedor de haver o dobro do que lhe foi cobrado.

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber lembram que “entre os exemplos usuais de normas de direito privado com caráter punitivo estão as que sancionam a cobrança indevida de dívida”.<sup>75</sup>

Na mesma linha, assevera Carlos Roberto Gonçalves que “pode ser lembrada como exceção ao princípio de que nenhuma indenização será devida se não tiver ocorrido prejuízo a regra do art. 940 do Código Civil, que obriga a pagar em dobro ao devedor quem demanda dívida já paga, como uma espécie de pena privada pelo comportamento ilícito do credor, mesmo sem prova de prejuízo”<sup>76</sup>.

Deve-se observar, ainda, que o próprio art. 941 do Código Civil, corretamente por sinal, usando aqui as palavras de Nelson Rosenvald, refere-se às aludidas sanções como “penas”<sup>77</sup>.

Outrossim, alinha-se às penas privadas previstas nos arts. 939 e 940 do Código Civil aquela constante do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo que preceitua que o consumidor que for cobrado por quantia indevida tem o direito de exigir, além da repetição do indébito, um valor igual “ao dobro” do que pagou em excesso<sup>78</sup>.

Todavia, apesar de estarmos diante de uma das figuras em que a doutrina é mais uníssona no sentido de se tratar de uma pena privada, mesmo assim a matéria não está isenta de controvérsias, de forma que não podemos deixar de trazer os questionamentos postos por Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Embora normas assim possam ser, objetivamente, classificadas como hipóteses de pena privada, seu efetivo intui-

<sup>75</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 503.

<sup>76</sup> Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil: direito das obrigações: parte especial, volume 6, tomo II*, p. 18.

<sup>77</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 231.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 233.

to punitivo é contestável, uma vez que, encontrando origem em um contexto averso à reparação do dano extrapatrimonial, podem ser consideradas, igualmente, reminiscências de um meio alternativo para o ressarcimento de prejuízo então juridicamente irreparável, a configurar, de maneira oblíqua, uma espécie de pré-liquidação de danos morais. Tais normas possuem, em síntese, uma estrutura de pena privada, mas sua função não necessariamente deve ser considerada punitiva”<sup>79</sup>.

*b) Multas em condomínio edilício.*

Ao tratar do condomínio edilício, o novo Código Civil prevê que a violação dos deveres arrolados no art. 1.336, II a IV, gera o dever de pagar multa estipulada no ato constitutivo, ou convenção de condomínio, a qual não poderá ser superior a cinco vezes ao valor da taxa condominial mensal, independentemente das perdas e danos que se apurarem (arts. 1.336 e 1.337).

Trata-se de hipótese comumente inserida pela doutrina no rol das penas privadas.

Aduz Nelson Rosenvald que “o legislador não utilizou o vocábulo ‘pena’, mas a natureza de sanção civil é evidente, pois a multa é devida independentemente das perdas e danos que se apurarem”<sup>80</sup>.

Igualmente, asseveram Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber que “a imposição ao condômino de multas correspondentes até ao quíntuplo ou décuplo do valor de sua contribuição para as despesas condominiais já seria suficiente para evidenciar a desvinculação com qualquer prejuízo eventualmente causado ao condomínio. O legislador foi, todavia, ainda mais explícito, acrescentando que a sanção se aplica ‘independentemente das perdas e danos que se apurem’”<sup>81</sup>.

Ademais, a norma que prevê que “não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança de multa” é aplaudida por aqueles que, como Paolo Gallo, admitem que a autonomia privada

das partes possa conduzir a um poder punitivo. Porém, é certo que apesar do legislador não ter previsto a interferência do Judiciário na imposição dessas multas pela autonomia privada, tal fato resta evidente do controle conferido a tal poder no que toca à legalidade e constitucionalidade dos atos jurídicos, particularmente para se coibir qualquer tipo de abuso por parte da maioria.

*c) Penas de conteúdo não pecuniário. Indignidade para suceder, revogação de doação, e exclusão de associado.*

No rol das penas privadas, costuma-se ainda inserir, com alguma divergência na doutrina, uma série de sanções de conteúdo não pecuniário, entre elas podemos destacar a revogação de doação por ingratidão do donatário, prevista no art. 557 do Código Civil, a exclusão da sucessão hereditária por indignidade do herdeiro, contemplada no art. 1.814 do Código Civil e a exclusão do integrante de associação, disciplinada no art. 57 do Código Civil<sup>82</sup>.

Nelson Rosenvald considera a exclusão dos sucessores por indignidade e deserdação, nos casos em que atentam contra a vida, honra e liberdade do *de cujus* ou de outros familiares próximos, como uma pena privada e ainda não admite que seus efeitos passem da pessoa do indigno ou deserddado<sup>83</sup>.

Da mesma forma, expõe Maria Helena Diniz que “a indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito à herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, honra e liberdade do *de cujus* (RT, 532:200, 231:222, 164:707, 126:692 e 145:693), ou de seus familiares”<sup>84</sup>.

A revogação da doação por ingratidão do donatário é outra hipótese de pena privada de caráter negocial admitida pela doutrina, a qual tem fundamento ético semelhante ao da exclusão dos sucessores por indignidade e deserdação (art. 555, CC).

Todavia, como sabemos que indignidade para suceder e revogação de doação também não são pon-

<sup>79</sup>Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 505.

<sup>80</sup>Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 231.

<sup>81</sup>Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 507/508.

<sup>82</sup>Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 508/509.

<sup>83</sup>Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 232.

<sup>84</sup>Maria Helena DINIZ, *Código Civil anotado*, p. 1.483.

to pacífico na doutrina, trazemos para reflexão, o que torna o tema ainda mais apaixonante, a argumentação de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: “Embora todos estes casos sejam, habitualmente, inseridos sob a categoria das penas privadas, e possuam em comum o fato de se referirem a prestações não pecuniárias, um exame mais detido revela peculiaridades em cada uma das regras indicadas. Parece evidente, por exemplo, que, enquanto a norma relativa à revogação de doação destina-se à proteção exclusiva do doador, a exclusão de sucessão vem posta em defesa não apenas do *de cuius*, mas também dos demais sucessores, sendo assegurada sua legitimidade de agir. Em ambos os casos, entretanto, não se mostra incontestável que o objetivo do legislador tenha sido o de impor ao donatário, ao herdeiro ou ao legatário uma penalidade adicional àquela que o ordenamento já lhe reserva, por meio do direito penal. Ao contrário, parece razoável admitir que tenha apenas desejado evitar uma situação de inequidade, (i) que ocorreria, no caso do doador, se este fosse irreversivelmente vinculado a uma liberalidade praticada com base em uma situação fática que sofrera sensível alteração; e (ii) que viria a ocorrer também no caso da herança, sendo o patrimônio do *de cuius* destinado em parte a quem tenha atentado contra a sua personalidade, ou a quem tenha procurado interferir sobre a sua última vontade”<sup>85</sup>.

Já no que atine às associações, de acordo com Massimo Bianca, “la pena privata sembra trovare la sua appropriata collocazione e la sua legittimazione”<sup>86</sup>. No entanto, para Tepedino e Schreiber, no caso de exclusão de associação, “o caráter punitivo é ainda menos evidente, seja porque não há tipificação da conduta do associado a ser excluído, seja porque dificilmente se pode assumir que a integração de um indivíduo a um grupo associativo outorgue ao poder majoritário qualquer prerrogativa punitiva”<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 510.

<sup>86</sup> Massimo Cesare BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Vol. II, Tomo II, p. 808.

<sup>87</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 510.

Portanto, fica evidente que no caso das penas de conteúdo não pecuniário a discussão acerca da qualificação como pena privada está longe de ser encerrada, o que se deve em muito pelo fato dos fins perseguidos parecerem diversos entre si, apresentarem requisitos distintos para sua aplicação<sup>88</sup> e ainda pela fluidez do conceito de penas privadas.

#### d) *Astreintes*.

As *astreintes* estão previstas nos arts. 644 e 645 do Código de Processo Civil e são consideradas por muitos doutrinadores como penas privadas judiciais, pois se reverterem em favor de titulares de obrigações de dar, fazer ou não fazer, sendo acrescidas à verba indenizatória decorrente do ilícito contratual ou aquiliano<sup>89</sup>.

Logicamente, a admissão das *astreintes* como pena privada depende da aceitação de que elas possam ter fonte judicial, o que, mais uma vez, está ligado à própria noção das penas privadas e está longe de ser um tema incontroverso, bastando aqui, para ilustrar o debate existente, as palavras de Massimo Bianca: “deve dubitarsi che un istituto del tipo delle *astraintes* sia da considerare come una pena privata. Non può parlarsi, è vero, di sanzione penale, e del resto la sanzione penale offrirebbe una soluzione eccessiva. Siamo comunque al di fuori della pena privata trattandosi di una sanzione, di applicazione giudiziale, che colpisce l'inosservanza dell'ordine di un'autorità pubblica”<sup>90</sup>.

Além disso, aqueles que procuram excluir as *astreintes* das penas privadas também alegam a ausência de caráter punitivo, sendo que para tanto se apóiam na jurisprudência vacilante dos tribunais pátrios.

De fato, ao analisar a questão da limitação do valor das *astreintes*, o que foi omitido pela legislação, nossos tribunais ora aplicam analogicamente o disposto no art. 412 do Código Civil, ora afastam a aplicação de tal artigo.

Com isso, ao admitirem os tribunais a analogia, afirmam Tepedino e Schreiber que as *astreintes* dis-

<sup>88</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 510.

<sup>89</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 233.

<sup>90</sup> Massimo Cesare BIANCA, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Vol. II, Tomo II, p. 807.



tanciam-se de uma pena propriamente dita, uma vez que não têm aplicação na hipótese de ser a prestação impraticável, o que mais as aproximaria de outras figuras coercitivas, como a prisão civil por alimentos<sup>91</sup>. E arrematam os autores: “A indefinição jurisprudencial revela, na verdade, um problema subjacente e anterior à discussão dos limites aplicáveis às *astreintes*: o da sua própria função. A doutrina é unânime em negar-lhes propósito compensatório, mas daí não deriva, necessariamente, uma autêntica função punitiva. O papel das *astreintes* é primordialmente o de coerção do devedor ao cumprimento da prestação”<sup>92</sup>.

Apesar de tudo, a nosso ver, a utilização da limitação do valor das *astreintes* como forma de negar sua função punitiva está fundada em terreno pantanoso, já que na verdade, antes de tudo, devemos nos indagar se estariam corretos os tribunais ao limitarem o valor das *astreintes*.

#### e) *Cláusula penal*.

A natureza punitiva da cláusula penal apresenta-se, desde sempre, controversa, relutando a doutrina em qualificá-la como uma espécie de pena privada.

Ao longo de sua evolução, no direito comparado e no Brasil, constata-se a prevalência de um modelo de natureza híbrida, no qual ela assume um perfil unitário e bifuncional, como um misto de sanção e indenização, capaz de, simultaneamente, antecipar a liquidação dos danos e compelir o devedor a adimplir<sup>93</sup>.

Entretanto, a doutrina percebeu que um único modelo jurídico não pode ao mesmo tempo atuar como indenização e sanção, eis que “cogitar de uma ‘indenização sancionatória’ é uma impossibilidade lógica, uma contradição em termos. Ou a cláusula penal será uma sanção compulsória ou funcionará como pré-estimativa convencional de danos”<sup>94</sup>.

Com isso, a doutrina mais recente propõe uma nova tipologia para a cláusula penal, a qual deve distinguir, com precisão, “as cláusulas de função punitiva

ou sancionatória daquelas de liquidação antecipada do dano, destinadas a pré-fixar o montante da indenização”<sup>95</sup>.

Como resultado da nova tipologia proposta, Nelson Rosenvald divide a cláusula penal em sentido amplo em três espécies: a) cláusula penal *stricto sensu*; b) cláusula de fixação antecipada de indenização; c) cláusula puramente compulsória<sup>96</sup>.

Em seguida, o autor acima citado assevera que “a inserção da cláusula penal entre as espécies de pena privada certamente se localiza naquelas que definimos como cláusula penal *stricto sensu*, ou cláusula penal puramente compulsória. Esse raciocínio é alimentado por constatações práticas: o fato de a pena ser devida independentemente da existência de qualquer dano ao credor, sendo suficiente a inexecução da obrigação; a possibilidade de fixação do montante da pena para um valor superior aos danos previsíveis, o direito potestativo de o credor abandonar a pena e exigir a indenização e, finalmente, o fato de o poder judicial de redução da pena excessiva só atuar em casos extremos, sempre levando em consideração a finalidade do credor ao estipular o *quantum*”<sup>97</sup>.

Na mesma linha, entendendo que a cláusula penal é uma pena privada, Mazeuad, citado por Rosenvald, apresenta quatro fundamentos: “1) exerce o papel de garantia de execução da obrigação principal; 2) o seu montante é fixado sem qualquer relação de equivalência com o prejuízo previsível; 3) há uma função repressiva prioritária, pois o objetivo de punição do autor da inexecução prevalece sobre a indenização da vítima do prejuízo; 4) o fundamento da condenação é a culpa do devedor”<sup>98</sup>.

Apresentamos, até o momento, argumentos em prol da consideração da cláusula penal, com exceção daquela de fixação antecipada de indenização, como pena privada, porém, novamente, não poderíamos deixar de apresentar as observações de Tepedino e Schreiber: “Evidentemente, a designação de pena pri-

<sup>91</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 517/518.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 517.

<sup>93</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 80.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>95</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 513.

<sup>96</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 120.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 242/243.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 242.



vada poderia aplicar-se apenas a estas cláusulas penais de caráter sancionatório, não já a toda a gama de disposições contratuais que pretende a liquidação antecipada das perdas e danos. A primeira dificuldade, todavia, sob a ótica de uma teoria geral das penas privadas, seria, assim, a distinção entre estas duas espécies de cláusula penal, distinção que não é facilmente verificável na prática contratual. A tarefa posterior consistirá em verificar se tais cláusulas penais sancionatórias englobariam toda a atuação punitiva da autonomia privada em matéria contratual, ou se seria possível admitir outras expressões convencionais de caráter sancionatório, como as chamadas arras penitenciais. Por fim, seria necessário coligar, ao menos sob o aspecto funcional, tais penas privadas convencionais a todas aquelas outras hipóteses, já mencionadas, de fonte imediatamente legislativa. E aqui a tarefa se configura especialmente tormentosa, porque, como já se registrou, ‘além de uma genérica alusão a uma função sancionatória, bem pouco têm em comum a cláusula penal e a indignidade para suceder’<sup>99</sup>.

Todavia, considerando o trecho supracitado, entendemos que a dificuldade na distinção das espécies de cláusula penal não justifica a sua não aceitação como pena privada, bem como verificamos, mais uma vez, o retorno ao problema do conceito de pena privada, pois os autores, em adotando um conceito muito estreito, certamente terão dificuldade em enquadrar nele figuras um tanto quanto diversas.

### f) Outras hipóteses de penas privadas.

Outras hipóteses de penas privadas que poderiam ser aqui elencadas são o art. 608 do Código Civil, que trata da interferência ilícita de terceiros sobre a prestação de serviços, o instituto da sonegação de bens, previsto nos arts. 1.992 e seguintes do Código Civil e, ainda, a pena prevista no art. 475, letra “j”, do Código de Processo Civil, que não se confunde com as *astreintes* (cuja fixação é judicial)<sup>100</sup>.

No Brasil, assim como em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, os *punitive damages* norte-americanos têm gerado enorme fascínio, uma vez que a mera reparação do dano não estava mais atendendo, em todos os casos, os anseios da sociedade.

Com isso, chegou-se a tentar “uma importação acrítica do modelo do *common law*, que somente agora vem, pouco a pouco, reconhecido como inaplicável, ao menos em seus contornos originais, ao ordenamento jurídico brasileiro, de tradição romano-germânica”<sup>101</sup>.

Não obstante, a impossibilidade da aplicação do modelo da *common law*, paralelamente surgiram estudos sustentando a mudança do papel da responsabilidade civil no Brasil, ao menos em parte de seu campo de abrangência, especialmente nos danos extrapatrimoniais, a qual adquiriria, “no todo ou em parte, função punitiva ou sancionatória, em desfavor da tradicional função exclusivamente compensatória”<sup>102</sup>.

Nesse sentido, Anderson Schreiber aduz que diversos autores sustentam que “a indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto”. Fala-se, no mesmo sentido, em função pedagógica, dissuasiva ou de desestímulo, sendo certo que, em qualquer caso, o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia superior ao dano moral efetivamente sofrido”<sup>103</sup>.

Alertam, porém, Tepedino e Schreiber, a nosso ver com propriedade, que os tribunais brasileiros têm empregado, à margem de uma indicação legislativa, critérios de quantificação de natureza punitiva na responsabilidade civil, o que estaria em desacordo com o novo Código Civil, que determina no art. 944 o seguinte: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Ora, a “gravidade da culpa somente vem tomada em consideração pelo legislador de 2002 para fins de eventual redução eqüitativa da indenização, quando for excessivamente desproporcional ao prejuízo cau-

<sup>99</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 514.

<sup>100</sup> Nelson ROSENVALD, *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*, p. 233.

<sup>101</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 520.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 519.

<sup>103</sup> Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 200.

sado (art. 944, parágrafo único). O dado positivo aparece, portanto, em flagrante contradição com a prática jurisprudencial. É certo que a aplicação dos critérios punitivos e mesmo o teor sancionatório das sentenças judiciais vêm, muitas vezes, no afã de justificar indenizações mais elevadas para casos em que ao prejuízo gerado pela conduta reiterada e até maliciosa do ofensor não se costuma atribuir um valor suficiente para evitar a repetição do dano. Entretanto, parece, em primeiro lugar, que tal punição não pode prescindir de autorização legislativa expressa”<sup>104</sup>.

Aliás, considerando a diferença aventada no presente trabalho entre os *punitive damages* da *common law* e o caráter punitivo da responsabilidade civil, vale transcrever crítica feita por Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler a decisão judicial brasileira, senão vejamos: “récemment, s’est reclame de la doctrine nord-américaine des *punitive damages* pour justifier la décision d’imposer une indemnisation à un hôpital public (qui répond objectivement, dans la forme de l’article 37, paragraphe 6, de la Constitution fédérale). Invoquant la double fonction (de sanction et de dissuasion) de l’indemnisation dans la responsabilité extrapatrimoniale, le Suprême Tribunal Federal a fait appel – à notre avis, de façon erronée – à la doctrine des *punitive damages*, pour fonder sa décision. Cette invocation a été erronée, parce que l’on a confondu le <<caractère punitif de l’indemnisation>> (trait générique de la peine privée, qui, selon une doctrine reconnue, est attribué au dommage moral) avec <<l’indemnisation punitive>> (<<punitive damages>>)”<sup>105</sup>.

De fato, o que vemos no julgado citado é justamente o que grande parte das cortes brasileiras tem feito, ou seja, chancelado o duplo caráter do dano moral, aplicado, na sua quantificação, critérios deliberadamente punitivos e, o pior, muitas vezes confundido o referido duplo caráter com os *punitive damages*, o que não pode ser admitido, eis que na *common law* a punição representa um *plus* destacado do valor reparatório.

No que toca ao caráter punitivo, os tribunais referem-se usualmente a quatro critérios: (i) gravidade do dano; (ii) capacidade econômica da vítima; (iii) grau de culpa do ofensor; e (iv) capacidade econômica do ofensor. É sabido, entretanto, que os dois últimos critérios refletem uma função exclusivamente punitiva, na medida em que não dizem respeito ao dano em si, mas à conduta e, mais gravemente, à pessoa do ofensor<sup>106</sup>.

E nem se diga que a utilização da pena privada na responsabilidade civil, enquanto não houver norma autorizadora, encontra justificativa no parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002, que recepcionou o grau de culpa e admitiu a redução da indenização quando a culpa é leve<sup>107</sup>, uma vez que estaríamos interpretando extensivamente uma norma que objetiva a redução da indenização para nela incluímos uma pena privada, que adicionaria um valor à indenização com o objetivo de punir o ofensor. Portanto, temos que a norma do art. 944, parágrafo único, do Código Civil está indicando taxativamente os casos de sua incidência, estando proibidas a extensão e a analogia<sup>108</sup>.

Pelo mesmo motivo, se considerássemos possível a aplicação de pena privada na responsabilidade civil, não seria permitido verter parte dela para fins comunitários, sem previsão legal expressa e apenas com fundamento no parágrafo único do art. 883 do Código Civil, muito menos pretender em determinados casos, novamente sem norma expressa, a prestação de serviços por parte do ofensor.

Além disso, se a utilização da pena privada, nos casos de responsabilidade civil, já fosse permitida no Brasil, não estaria em tramitação no Senado brasileiro, conforme informou Renata Chade Cattini Maluf, o Projeto de Lei 6.960, de 12/06/2002, que prevê o acréscimo de um § 2º ao art. 944 nos seguintes termos: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Portanto, reconhecemos a falta de lei que regulamentamente a responsabilidade punitiva como um dos impeditivos para sua aplicação, já que as exceções em

<sup>104</sup> Gustavo TEPEDINO; Anderson SCHREIBER. As penas privadas no direito brasileiro. In: Flavio GALDINO; Daniel SARMENTO (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*, p. 521/522.

<sup>105</sup> Judith MARTINS-COSTA; Mariana Souza PARGENDLER, *Us et abus de la fonction punitive*, p. 1.178/1.179.

<sup>106</sup> Anderson SCHREIBER, *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, 200.

<sup>107</sup> Renata Chade Cattini MALUF, *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*, p. 178.

<sup>108</sup> Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 297.

que a reparação civil assume feição punitivo só existem porque a própria lei as instituiu, não sendo produto da vontade discricionária dos tribunais, mas resultado da vontade expressa do legislador.

## Considerações finais

Dado o exposto no presente escrito, podemos, inicialmente, constatar que os ordenamentos jurídicos de origem romano-germânica têm nas penas privadas uma ótima opção para a resolução dos vários problemas que aqui enunciamos, mas é necessário um melhor amadurecimento do instituto, uma vez que não se chegou ainda a um razoável consenso sequer quanto à sua noção.

Não obstante, isso é, a nosso ver, incontroversa a existência de penas privadas no Direito brasileiro, que a cada dia que se passa têm sua presença e importância aumentadas na nossa sociedade.

Todavia, a pena privada mais em voga, ou seja, a que dá caráter punitivo à responsabilidade civil, conforme expusemos, não é cabível no nosso ordenamento jurídico por falta de previsão, já que, a nosso sentir, o apenamento sem previsão em lei contraria toda a tradição dos ordenamentos de *civil law* e configura verdadeiro arbítrio do juiz.

Apesar disso, temos que o legislador pode facilmente instituir sanção civil no ordenamento jurídico brasileiro para atribuir caráter punitivo à responsabilidade civil, o que inclusive já é objeto de projeto de lei.

## Bibliografia

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot..

BIANCA, Massimo Cesare. *Realtà sociale ed effettività della norma*. Vol. II, Tomo II. Milão: Giuffrè, 2002.

CAENEGEM, R. C. van. *Introduction historique au droit prive*. Tradução Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CENDON, Paolo. *Responsabilità civile e pena privata*. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (org.). *Le pene private*. Milão: Giuffrè, 1985.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol 7. São Paulo: Saraiva, 1993.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAZZANIGA, Jean-Louis. Les métamorphoses historiques de la responsabilité. In: *Les métamorphoses de la responsabilité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manoel, 2004.

GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: direito das obrigações: parte especial, volume 6, tomo II*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAJELLO, Ugo. Pena privata e responsabilità civile. In: BUSNELLI, Francesco D.; SCALFI, Gianguido (org.). *Le pene private*. Milão: Giuffrè, 1985.

MALUE, Renata Chade Cattini. *O aspecto punitivo da reparação do dano moral*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2004.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Us et abus de la fonction punitive (Dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien). *Revue Internationale de Droit Comparé*. Année 2006. numéro 4.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Vol. 5. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal – A redescoberta da pena privada nas relações negociais*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 21. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. As penas privadas no direito brasileiro. In: GALDINO, Flavio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TESAURO, Paulo; RECCHIA, Giorgio. Origini ed evoluzione del modello dei "Torts". In: MACIOCE, Francesco (org.). *La responsabilità civile nei sistemi di common law*. Padova: Cedam, 1989.